



**Trabajo de Fin de Máster**

**LA MEDIACIÓN MERCANTIL:  
ESPECIAL INCIDENCIA EN LOS  
PACTOS PARASOCIALES**

*Presentado por:*

**Stephania Giraldo Osorio**

*Tutor/a:*

**Dr. Rafael Bellido Salvador**

**Máster Universitario en Abogacía**

Curso académico 2019/20  
Fecha de defensa: enero 2020

## **RESUMEN**

El trabajo consiste en un informe jurídico de la mediación mercantil, con hincapié en su aplicación en los pactos parasociales. Se realiza un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la situación actual del tratamiento de la “mediación parasocial” y su conveniencia en el ámbito de las sociedades.

Para abordar la cuestión, en primer lugar, se hace una aproximación a la institución de la mediación, a cómo se ha ido introduciendo esta figura en el Ordenamiento Jurídico Español. Se explica la posibilidad de introducir la cláusula de mediación para resolver los conflictos en sede social, en la que cobran especial relevancia los pactos parasociales. Se hace alusión, asimismo, a la oponibilidad de los pactos parasociales ante incumplimiento frente a la sociedad, cuestión todavía controvertida, con el fin de determinar la validez y eficacia de una cláusula de mediación.

## **PALABRAS CLAVE**

Mediación, Derecho de Sociedades, cláusula de mediación, resolución extrajudicial de conflictos, “mediación parasocial”.

## ÍNDICE

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>   | <b>1</b>  |
| <b>II. LA MEDIACIÓN MERCANTIL .....</b>  | <b>3</b>  |
| 2.1. Principios rectores .....   | 6         |
| 2.2. La figura del mediador .....  | 8         |
| 2.3. Procedimiento de mediación .....  | 8         |
| <b>III. LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO DE SOCIEDADES .....</b>   | <b>9</b>  |
| 3.1 . “Deadlock” y mecanismos de desbloqueo .....  | 13        |
| <b>IV. LA MEDIACIÓN EN LOS PACTOS PARASOCIALES.....</b>  | <b>16</b> |
| 4.1. Validez de una cláusula de mediación en los pactos parasociales. ....   | 18        |
| 4.2. Efectividad práctica de la mediación en los pactos parasociales. ....   | 21        |
| 4.3. Cláusulas de mediación: cláusulas que incluir en los pactos parasociales a la luz de la reciente jurisprudencia. .... | 24        |
| <b>V. CONCLUSIONES .....</b>   | <b>26</b> |
| <b>VI. BIBLIOGRAFÍA.....</b>   | <b>28</b> |
| 1. ARTÍCULOS/LIBROS.....   | 28        |
| 2. PRENSA.....   | 29        |
| 3. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.....   | 29        |
| 4. WEBGRAFÍA .....   | 30        |

## **I. INTRODUCCIÓN**

Este trabajo está encaminado a la expresión de una visión práctica de la mediación mercantil, como una solución de conflictos alternativa a la vía judicial a la que se acude atendiendo a la seguridad que proyecta.

Si bien acotando el gran espectro que supone hablar de mediación mercantil, se ha optado por integrar en este supuesto la mediación mercantil en el derecho de sociedades, con especial incidencia a su aplicación en el ámbito de los pactos parasociales.

La mediación como sinónimo de negociación, para la resolución de conflictos, ha sido intrínseca a la actividad de las sociedades. Toda empresa conoce las consecuencias de las dilaciones en sede judicial.

Tratándose de una materia históricamente controvertida, tanto la mediación como los pactos parasociales, y considerando las dificultades en el reconocimiento de su conjunción mediante la instrumentación de la mediación en un pacto parasocial, a lo largo de este trabajo se desarrollará un análisis práctico de la inclusión de este tipo de cláusula de mediación, en sede social.

En primer lugar, ahondaremos sobre qué podemos entender por mediación mercantil, exponiendo los principios que regirán la institución de la mediación, con la finalidad de presentar una visión completa de la materia a tratar.

Entendemos que se trata de una institución conocida y regulada, sin embargo, en España no ha tenido la difusión y fuerza que se esperaba, objetivo común para la Comunidad Europea, de acuerdo con la Directiva 2008/52/CE, cuestión que expondremos a lo largo del trabajo.

Seguidamente, nos acercaremos a la inclusión de la mediación en el Derecho de Sociedades, realizando consideraciones sobre la conveniencia de la inclusión de este tipo de cláusulas, con el fin de salvaguardar la vida de la empresa, o las relaciones entre sus miembros.

Esta materia, resulta de interés, al ser todavía en la actualidad una cuestión controvertida. No se ha conseguido, con la normativa aprobada, desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación. En este sentido, recientemente se

ha planteado por el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación.

Tiene relevancia en el ámbito de las sociedades ya que estas en los últimos años han visto como aumentaba la conflictividad. La crisis ha llevado a grandes y pequeñas empresas a una situación de insolvencia, provocando en ocasiones un clima de tensión entre los socios u órganos sociales, lo que nos lleva a preguntarnos, la fórmula para evitar que esta tensión derive necesariamente en la extinción de la empresa.

En este contexto de recesión, a partir del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 marzo, y, de la entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, la mediación se ha constituido como un método de autocomposición para solución de conflictos entre derechos disponibles, que en las sociedades es habitual.

Se plantea la regulación expresa de la cláusula de arbitraje, como posible premisa, permitiendo su traslación en la interpretación de la aplicación de la cláusula de mediación, que permite a diferencia del arbitraje; mecanismo heterocompositivo, una solución autocompositiva del conflicto.

Tras ello se aborda la cuestión jurisprudencial sobre la eficacia y oposición de los pactos parasociales. Con el fin de determinar cuáles son los límites de los acuerdos que se instrumentan a través de dichos pactos, así como su aplicabilidad. Se abordará la cuestión de la validez de una cláusula de mediación en los pactos parasociales, y la posibilidad de regular la institución de la mediación como solución a las controversias de la sociedad, con la introducción de esta en un pacto parasocial, de ahí la relevancia de la comparación analógica con el arbitraje, mayormente extendido y que puede incluirse en los estatutos de las sociedades.

Para concluir, se hace referencia a la forma de introducir una cláusula de mediación en los pactos parasociales, con indicación de los diferentes tipos de cláusulas.

## II. LA MEDIACIÓN MERCANTIL

La mediación es un mecanismo autocompositivo de resolución de conflictos, alternativo a la solución judicial. Se implementa con la finalidad de permitir no solo una agilización en la resolución de conflictos, sino también una descarga de los tribunales. Surge en un entorno en el que la administración de justicia resulta insuficiente.

La mediación se regula en España a nivel estatal mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (LMACM), como resultado de la transposición de la Directiva 2008/52/CE que tiene *“el objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios”*<sup>1</sup>.

Recientemente, el Consejo de Ministros ha aprobado el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, con el objetivo de reforzar la mediación como instrumento alternativo de resolución de conflictos de una forma más ágil y económica.

Es un mecanismo que da respuesta a la necesidad de resolución de conflictos cada vez más en auge, *“los problemas de comunicación entre las personas siguen creciendo, porque no se resuelven y si se resuelven la fórmula generalmente es judicial, los tribunales de justicia y el juez siguen siendo vistos como el mayor y mejor símbolo de la solución de los litigios entre los particulares”*<sup>2</sup>. Hoy día parece que la vía en que vayan a morir todos los conflictos sea la judicial, sin que necesariamente suponga una respuesta eficaz a las verdaderas necesidades ni a los intereses reales de las partes enfrentadas. Es en este contexto en el que cobra relevancia la mediación.

---

<sup>1</sup> DIRECTIVA 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>2</sup> COBAS, M., «Modernización de la justicia y resolución extrajudicial de conflictos», en V. Pardo (dir.), La mediación: algunas cuestiones de actualidad, ed.Tirant Monografías, 2015, pp. 1 y ss., en p. 1. (TOL 5.207.651)

Ofrece soluciones a los intereses privados, dotando con celeridad y validez a las soluciones adoptadas, que se traduce en seguridad jurídica, principal en todo Estado de derecho.

En el propio preámbulo de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles se reconoce que, una de las funciones esenciales del Estado de derecho es la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Desde la década de los años setenta, se recurre a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que, según el preámbulo, destaca la mediación, como complemento de la Administración de Justicia<sup>3</sup>.

Un sector de la doctrina concluye sobre la relevancia de dos motivos que han llevado a potenciar lo que se conoce como *Alternative Dispute Resolution* o medios alternativos de resolución de conflictos (“ADR”), por un lado, la idea de buscar soluciones para fomentar la paz social, la convivencia, en base a la voluntariedad y la colaboración, y por otro en “*una falta de efectividad del modelo existente*”.

En este sentido, hay autores doctrinales que proponen que los métodos de resolución extrajudicial de conflictos deben ser vistos como una forma de cubrir las necesidades de las personas, mediante una vía alternativa, y, a su vez, de fortalecer a una administración de justicia desbordada<sup>4</sup>.

Para hablar de mediación debemos hablar necesariamente de relaciones cooperativas. A diferencia de otras figuras de resolución alternativa de conflictos en las que un tercero impone la solución a las partes, en la mediación se acercan las posiciones de las partes enfrentadas, legitimando una solución autocompositiva del litigio. Permite la intervención de las partes hasta llegar a la solución que satisfaga en cierta medida a cada una de estas. Permitiendo una mayor probabilidad de que los acuerdos se cumplan voluntariamente y se preserve una relación viable entre las partes, al contrario de lo que ocurre en el caso de las resoluciones judiciales, de más difícil cumplimiento, ya que se

---

<sup>3</sup> Exposición de motivos, primero, Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 2012, núm. 162.

<sup>4</sup> BARONA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 67.

impone la solución, lo que implica acudir a recursos o incumplimientos. La mediación no garantiza que no tenga lugar tal incumplimiento, pero es más difícil imaginar la desavenencia en un acuerdo al que las partes han llegado conjuntamente. En vía judicial se produce el resultado conocido como gana-perde, mientras que en mediación tiene lugar el gana-gana o *win-win*<sup>5</sup>.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, nace como respuesta a las exigencias de la Unión Europea de crear una regulación que dote de seguridad una figura tan importante como la mediación, garantizando de esta forma una vía alternativa a la judicial.

Puede actuar de forma previa a la vía judicial siendo mediación extrajudicial o una vez ya se ha iniciado el proceso judicial lo que se conoce como mediación intrajudicial.

La figura de la mediación tiene importancia en el ámbito de las transacciones mercantiles desde el inicio de la actividad económica. El revestimiento jurídico nace a medida que las transacciones mercantiles se complican.

Supone una vía para superar el retraso judicial, que en muchos casos puede impedir el normal funcionamiento de la empresa. En los últimos diez años los asuntos incoados en los Juzgados mercantiles han aumentado. La flexibilidad que la caracteriza puede suponer una ventaja en este sentido. Además, tiene un coste menos elevado, ya que, a diferencia del proceso judicial, en el que el número de actores se eleva; abogados, procuradores, etc., en la mediación se reduce. El plazo medio de resolución del conflicto en una mediación es de cuatro a seis semanas, lo que conlleva una ventaja respecto al tiempo invertido.

En el ámbito mercantil, la mediación tiene aplicación en varios espacios, tales como el Derecho de la Competencia, el Derecho de Sociedades, la contratación mercantil nacional e internacional, el Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual, entre otros.

En el presente trabajo nos centraremos en la aplicación de la mediación en el ámbito del Derecho de Sociedades, dentro de este abordaremos la cuestión de

---

<sup>5</sup> LUQUIN, R., «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment», Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2017, 2017, p. 16. Recuperado de Base de datos Aranzadi [Consultado el 5 de octubre de 2019]



introducir una cláusula de mediación obligatoria en aquellos acuerdos que regulan las relaciones de los socios, los pactos parasociales.

## 2.1. Principios rectores

Los principios que rigen la mediación se encuentran recogidos en los artículos 6 a 10 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, siendo los que siguen:

### ➤ Voluntariedad y libre disposición.

Es un proceso voluntario, tanto en lo que se refiere a su inicio y desarrollo como a su finalización. Las partes pueden desistir en todo momento.

Los conflictos susceptibles de mediación son aquellos en los que existe disponibilidad por las partes.

Para lo que aquí nos interesa, resulta destacable que un sector de la doctrina propone que, articular una cláusula de mediación, esto es, mediante un pacto que determine la obligatoriedad de acudir a mediación ante el conflicto, desnaturaliza completamente la figura de la mediación, conculcando la voluntariedad que la debe caracterizar<sup>6</sup>.

### ➤ Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.

El mediador no ha de tener interés respecto ninguna de las partes, ni respecto al objeto del conflicto. Su labor consiste en dirigir el proceso y acercar las posturas de las partes enfrentadas.

Las partes deben intervenir con plena igualdad de oportunidades, manteniendo un equilibrio entre sus posiciones.

### ➤ Neutralidad e imparcialidad.

La neutralidad y la imparcialidad son dos principios distintos esenciales en la mediación. La imparcialidad se encuentra en completa comunión con el principio de igualdad comentado previamente, y se refiere a la actitud del mediador para con las partes.

---

<sup>6</sup> CARRETERO, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 161.

Por lo que respecta a la neutralidad, se establece que las partes en conflicto deben poder alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación<sup>7</sup>.

➤ Confidencialidad.

En la mediación se aplica el secreto profesional, implica que los mediadores no podrán declarar o aportar documentación, en procesos posteriores, derivada de un procedimiento de mediación. El contenido de las sesiones y la documentación utilizadas son confidenciales, respondiendo al principio de buena fe.

*“La confidencialidad parece ser la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento”<sup>8</sup>.*

Se establecen excepciones al secreto profesional; cuando las partes de forma expresa y por escrito dispensen la confidencialidad y por resolución motivada de los jueces del orden jurisdiccional penal.

La confidencialidad no solo se predica respecto del mediador, también se extiende a las partes intervinientes y a las instituciones de mediación, los peritos que hubieren intervenido en la mediación no podrán ser traídos al proceso judicial, salvo acuerdo en contrario de las partes. Se prevé que su infracción genere responsabilidad.

➤ Autonomía de voluntad de las partes.

El poder dispositivo de las partes sobre sus derechos e intereses tiene como único límite el perjuicio de tercero, debiendo actuar con lealtad, buena fe y respeto mutuo, o las normas imperativas.

El mediador ha de velar por el cumplimiento de estos principios rectores, pudiendo dar por finalizada la mediación en caso de considerar que no es adecuada para el conflicto que se plantea.

---

<sup>7</sup> Artículo 8 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 2012, núm. 162.

<sup>8</sup> Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 19 de abril de 2002, COM(2002) 196.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>

## 2.2. La figura del mediador

El mediador desarrolla una labor fundamental en este sistema de resolución de conflictos, es un tercero imparcial y neutral que ayuda a las partes a comunicarse y colaborar para alcanzar una solución al conflicto que se plantea acorde con sus intereses.

Para gran parte de nuestra doctrina, la persona que desarrolle la labor del mediador ha de ser una persona capacitada con conocimientos jurídicos, ya que lo contrario sería un gran error jurídico<sup>9</sup>.

La Ley prevé un determinado ámbito para la actuación del mediador, esto es, fijada la controversia sometida a su actuación, el mediador deberá abstenerse en caso de que rebase su competencia.

## 2.3. Procedimiento de mediación

No es este el trabajo oportuno para relacionar todas y cada una de las fases del procedimiento de mediación, por lo que no nos centraremos en los pormenores, sin embargo, resulta de gran importancia destacar que, la iniciación del procedimiento mediador provoca la suspensión del plazo de prescripción y de caducidad.

La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, introduce un supuesto de suspensión en caso de prescripción, lo cual supone que, en lugar de provocarse interrupción (el plazo vuelve a comenzar), el plazo se reanuda contando el ya transcurrido previamente, de acuerdo con el apartado tercero del preámbulo de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, esto es así *“con el propósito de eliminar posibles desincentivos y evitar que la mediación pueda producir efectos jurídicos no deseados”*. La suspensión puede ser solicitada por las partes de común acuerdo, hasta un máximo de 60 días, el órgano jurisdiccional resuelve con auto. No podrá ser acordada si perjudica el interés general o a un tercero.

---

<sup>9</sup> COBAS, M., «Modernización de la justicia y resolución extrajudicial de conflictos», cit. p.2.

Asimismo, debemos destacar que, es fundamental evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución Española. Lo que supone impedir el uso del procedimiento de mediación como instrumento para provocar dilaciones indebidas, sin que responda a una verdadera intención de llegar a un acuerdo amistoso. Ya que la iniciación de la mediación impide a los tribunales conocer de los litigios durante el desarrollo de esta, pero la parte a quien interese deberá invocarlo mediante declinatoria, ya que no existe la posibilidad de ejercitarlo de oficio<sup>10</sup>.

El acuerdo alcanzado puede elevarse a público ante fedatario u homologarse judicialmente, será de obligado cumplimiento y tendrá fuerza ejecutiva.

### **III. LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO DE SOCIEDADES**

La negociación como método de resolución de conflictos es inherente a la actividad empresarial. Tradicionalmente, los conflictos que surgían en el ámbito de la empresa, refiriéndonos aquí, al Derecho de Sociedades, se encontraban sujetos al arbitraje. En este sentido, el artículo 11 bis. 1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, establece que, *“Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen”*, y seguidamente introduce la posibilidad de una cláusula de sumisión a arbitraje en los estatutos sociales.

El arbitraje es un método heterocompositivo de solución de conflictos, en el que a diferencia de lo que ocurre en la mediación, método autocompositivo, se somete a un tercero la controversia, siendo este el que resuelve sobre la misma y su decisión es obligatoria para las partes.

El arbitraje estatutario y sus aclaraciones se introduce a través de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, que reconoce la arbitrabilidad de los conflictos que en las sociedades se planteen.

---

<sup>10</sup> Artículo 10 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 2012, núm. 162.

Para acordar la introducción de una cláusula de sumisión a arbitraje en los estatutos sociales se exige una mayoría legal reforzada<sup>11</sup>.

En Sentencia de 18 de abril de 1998 el Tribunal Supremo ya admitía la posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los Estatutos de una sociedad, entendiendo que estos quedan integrados en el contrato y vinculan a los socios presentes y futuros, estos últimos se subrogan en la posición del anterior<sup>12</sup>.

La mención al arbitraje resulta relevante a los efectos del presente trabajo, en el sentido de determinar sobre la posibilidad de incluir una cláusula de mediación en los estatutos de la sociedad, y de barajar la mediación como una mejor opción para las sociedades frente al arbitraje. Dado que un sector de la doctrina entiende que la legislación da un tratamiento análogo a la mediación respecto al arbitraje. Un ejemplo de ello es la disposición final tercera de la Ley 5/2012, que modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, equiparando el tratamiento procesal de la mediación al que se da al arbitraje<sup>13</sup>.

*“La mediación se sitúa fuera de la órbita de la adjudicación extrajudicial que tiene lugar con el arbitraje, de modo que las partes mantienen el control de sus respectivos intereses”*<sup>14</sup>.

De contrario, otro sector de la doctrina entiende que nada tiene que ver el arbitraje con la mediación; defendiendo la errata cometida cuando se habla de analogía entre ambas instituciones. La cláusula de sumisión a arbitraje implica la renuncia al ejercicio de la jurisdicción, la resolución del árbitro tiene la misma eficacia que una sentencia judicial, en la mediación, sin embargo, podría darse la situación en que una de las partes inste la declinatoria, obligue a la otra parte a acudir a mediación, y finalmente esta última vuelva a instar la tutela judicial,

---

<sup>11</sup> El artículo 11 bis apartado segundo de la Ley 60/2003, 23 de diciembre, de Arbitraje dispone que, “la introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social”.

<sup>12</sup> España. Tribunal Supremo. [Versión electrónica. Base de datos de ARANZADI INSTITUCIONES] Sentencia núm. 355/1998 de 18 de abril [Consultado el 9 de octubre de 2019].

<sup>13</sup> GONZÁLEZ, S., «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.143/2016, 2016, pp. 165 y ss., en p. 168.

<sup>14</sup> CEBRÍA, L., «Mediación en el ámbito del Derecho de sociedades», en C. Boldó Roda (dir.), La mediación en asuntos mercantiles, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 248 y ss., en p. 149.

por lo que la eficacia de las cláusulas de sumisión de ambas instituciones es totalmente distinta<sup>15</sup>.

A pesar de ello, consideramos que, la institución del arbitraje tiene relevancia a la hora de analizar una institución como la mediación.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no alude expresamente a la posibilidad de mediación societaria, sin embargo, su aplicación se entiende amparada por el ámbito de aplicación general de la norma, ya que los asuntos societarios a priori son derechos y obligaciones disponibles.

Con la crisis económica ha tenido lugar la proliferación de los conflictos societarios en el ámbito de las empresas, ello trae causa de las dificultades que supone enfrentarse a una situación de recesión, cuando el resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias es negativo la tensión social es difícilmente evitable.

La necesidad de prevenir soluciones que en caso de controversia salven a las empresas de los enormes costes, tanto económicos como de tiempo y energía gastados, y de relaciones fallidas, que necesariamente se derivan del proceso judicial, suponen que la mediación sea un instrumento idóneo para solucionar las controversias surgidas entre los accionistas mayoritarios, minoritarios y el órgano de administración. Cobrando especial conveniencia en aquellos conflictos que surgen en el seno de una empresa familiar<sup>16</sup>.

Es relevante mencionar el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º. 52 de Barcelona, de 26 de enero de 2015 que, se pronuncia sobre la preferencia de que las empresas acudan a los métodos alternativos de resolución de conflictos, resolviendo que, cuando la vía judicial no se utiliza como último recurso se está incurriendo en una conducta antisocial<sup>17</sup>.

Entre los conflictos idóneos para la aplicación de la mediación, la Guía práctica para la mediación intrajudicial, incluye la relación entre partícipes y/o órganos de administración de sociedades, ruptura de relaciones de colaboración empresarial

---

<sup>15</sup> CARRETERO, E., La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, cit., p. 162-163.

<sup>16</sup> CARRETERO, E., La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, cit., p. 157.

<sup>17</sup> España. Juzgado de Primera Instancia n.º. 52 de Barcelona. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Auto de 26 de enero de 2015 [Consultado 24 de noviembre de 2019]

(franquicias, agencia, distribución, etc.) y aquellos derivados del contrato de seguro.

A pesar de las ventajas que ofrece el procedimiento de mediación en la práctica no se encuentra consolidado, se considera que la causa es la ausencia de seguridad. Los administradores de las Sociedades de Capital y los Consejos de las sociedades cotizadas no parecen confiar en la participación de un tercero como mediador. Ello se debe en gran parte a lo que ya comentábamos al hablar de la figura del mediador, en muchas ocasiones la figura de la mediación puede no resultar atractiva porque en muchos de los casos se prefiere acudir a un acuerdo entre los abogados de empresa o externos, que acudir a un tercero mediador, quien podría ser lego en derecho<sup>18</sup>.

En un intento de poner remedio a la falta de consolidación, se aprueba el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación que, en su artículo tercero, introduce la modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Modifica, entre otros, el apartado primero del artículo 6, introduciendo la “obligatoriedad mitigada” del intento de mediación con carácter previo al inicio de un proceso declarativo en los casos de conflictos entre los socios y los órganos de administración de las sociedades mercantiles.

El acuerdo genérico de mediación contenido en una cláusula estatutaria se reconoce por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) por resolución de 25 de junio de 2013. Le son de aplicación los artículos 6, 10.2 y 16.1.b) de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, no excluye que con posterioridad se deba fijar cuál es el conflicto concreto en que se ha de desenvolver la actividad del mediador por lo que este puede siempre excusar su actuación o renunciar posteriormente. Doctrinalmente se podría interpretar que para introducir cláusulas de esta clase es necesaria la mayoría de los dos tercios, por analogía con la normativa de arbitraje, sin embargo, de *lege lata* la mayoría de dos tercios no sería requisito indispensable al no introducirse especificación alguna en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

---

<sup>18</sup> GONZÁLEZ, S., «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», cit., p. 166.

En este sentido, en los artículos 213-20 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se establece que, en las sociedades personalistas, la introducción en los estatutos de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá el consentimiento de todos los socios y, en las sociedades de capital, el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos.

Resulta relevante mencionar la curiosa omisión de la posibilidad de resolución de conflictos en materia societaria mediante la mediación en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, que podría haber introducido la mención expresa a la posibilidad de sumisión mediante una cláusula en los estatutos sociales. Omisión que parece haber sido voluntaria. Lo cual resulta contrario al impulso que por otra parte se pretende dar a la mediación como método de resolución alternativo de conflictos, que en sede social puede ser de mayor eficacia y conveniencia que la vía judicial o incluso la arbitral<sup>19</sup>.

Para determinar las situaciones en las que puede resultar idónea la aplicación de la mediación en sede social, debemos poner de relieve, en primer lugar, las situaciones de bloqueo que pueden surgir en este marco social. Cuando las sociedades, debido al desacuerdo que surge entre sus miembros u órganos de dirección sufren una situación de estancamiento en las decisiones y consecuentemente en el progreso de la sociedad, nos encontramos ante una situación de bloqueo, conocida como “deadlock” o bloqueo societario, ante la cual resulta conveniente haber previsto métodos de resolución que garanticen la continuidad en las relaciones.

### 3.1. “Deadlock” y mecanismos de desbloqueo.

Uno de los mayores problemas con los que se encuentra una sociedad es el conflicto entre sus socios.

Este bloqueo que tiene lugar en la sociedad cuando existe algún conflicto entre los socios se hace relevante y mayor cuando nos encontramos con una sociedad en la que el capital está repartido al 50% entre dos socios únicamente. En este caso pueden producirse situaciones graves de bloqueo societario, paralización

---

<sup>19</sup> GONZÁLEZ, S., «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», cit., p. 180.



que podría llevar a la disolución de la sociedad, así se prevé legalmente ex artículo 363.1 d) de las Ley de Sociedades de Capital (LSC), pudiendo llegar a traducirse, aunque lo uno no implica necesariamente lo otro, en la extinción de la sociedad, que quedaría relegada a una actividad meramente liquidativa, dejando de lado aquella actividad lucrativa propia de las sociedades.

La paralización de los órganos sociales se produce cuando continuamente es imposible llegar a acuerdos en las Juntas o en el órgano de administración cuando este es colectivo. Esta circunstancia se suele dar cuando el capital está repartido en partes iguales entre dos socios, esto es, sociedades pequeñas y medianas, familiares o grupos paritarios. La constitución y articulación de estas sociedades suele basarse en la mutua confianza, sin embargo, esta puede no ser eterna. Lo que hace conveniente instrumentar mecanismos para evitar estas situaciones de bloqueo societario con el fin de soslayar la disolución derivada del enfrentamiento y el bloqueo, cabe destacar que siempre estaremos hablando de una paralización definitiva, invencible e insuperable.

En las sociedades cuyo capital se encuentra por mitad en manos de dos socios distintos, al 50%, el riesgo de bloqueo de la compañía es mayor. Presenta especial problemática la sociedad cerrada, ya que en las cotizadas es más difícil que se dé una situación de esta clase, lo normal es que cualquiera de los socios venda su participación, salga de la sociedad y no haya una disolución forzosa de la sociedad.

Ante la difícil situación la ley únicamente establece la solución de disolución obligatoria que ya indicábamos previamente, convirtiendo la vía judicial en la única para que los socios puedan llegar al acuerdo de disolución.

En esta línea, se prevé por la Ley de Sociedades de Capital la obligación de los administradores de convocar Junta General en el plazo de dos meses desde la constatación de la causa de disolución, en lo que nos interesa aquí, la situación de “deadlock”, debiendo acudir a la vía judicial en caso de no llegarse a tal acuerdo<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 14 y ss.

Esto no solo acarrea consecuencias negativas para la sociedad, sino para los administradores, ya que, a partir de este momento, responden solidariamente de las deudas sociales posteriores<sup>21</sup>.

Asimismo, se prevé la posibilidad de regular el derecho de separación de los socios en los estatutos, siempre que haya acuerdo de los socios para su inclusión y se cumpla con los requisitos establecidos para ello.

Otros de los mecanismos para solucionar un bloqueo societario, son el otorgamiento de una opción de compra a favor de otro socio, o una opción de venta, la ruleta rusa o pacto andorrano, que consiste en que uno de los socios ofrece al otro la venta de sus participaciones o la compra de las del otro, al precio fijado por el ofertante.

Según se extrae de estas soluciones, podemos observar que ninguna prevé la posibilidad de intermediación para llegar a un acuerdo en el que ninguno deba abandonar la sociedad.

De forma autónoma a estas fórmulas legales de solución, surgen aquellas que en derecho anglosajón se conocen como “out of court solutions”. Permitiendo la regulación mediante los pactos parasociales, por ejemplo, de mecanismos para prevenir o solucionar los conflictos que surjan en el ámbito societario.

Es, por tanto, en este punto dónde encuentra relevancia la aplicación de pactos parasociales, y la mediación, ya sea mediante su inclusión en los pactos o el sometimiento establecido en estatutos.

Los mecanismos para solución de conflictos se articulan antes del bloqueo “ex ante”, o una vez ya ha surgido la situación “ex post”.

Respecto a la inclusión del mecanismo de mediación nos encontramos hablando de un mecanismo “ex post”.

---

<sup>21</sup> El artículo 367 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que, “Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”.

#### IV. LA MEDIACIÓN EN LOS PACTOS PARASOCIALES.

Los “pactos parasociales” gozan cada vez de más presencia en el plano normativo. Cumplen la función de *“complementar o modificar, con mayor flexibilidad, el contenido de los documentos constitutivos de la sociedad a la que se refieren”*<sup>22</sup>.

Podemos encontrarlos en las Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada; tanto en compañías de pocos socios, como cotizadas; en sociedades cerradas, y otras que siendo abiertas en algún momento son objeto de pactos que aseguran el control por parte de algunos socios.

Recientemente la jurisprudencia les reconoce mayor eficacia de oponibilidad, según estudiaremos a continuación.

Mediante los pactos parasociales, se puede incluir la mediación como opción válida para la resolución de las controversias que surjan en los acuerdos en ellos contenidos. Se trata de un mecanismo de mayor celeridad frente a la vía judicial, lo que conlleva el interés de las sociedades y los socios de incluir una cláusula de mediación que rijan sus acuerdos previa a la vía judicial, entendiéndolo como una forma de solución de conflicto en la que todos ganan, y en primer lugar la sociedad, puesto que según nos dicta la experiencia puede quedar desnaturalizada ante un procedimiento que se prolongue excesivamente en el tiempo<sup>23</sup>.

Los pactos parasociales establecen un mecanismo que permite regular las relaciones en las sociedades. Pueden ser firmados por algunos de los socios o todos ellos, doctrinalmente respecto a la inclusión de la mediación en los pactos parasociales, con efectos *inter partes*, se reconoce la relevancia que tienen los pactos firmados por todos los socios, lo que se conoce como pactos omnilaterales, en los que toda la base social queda sometida a la mediación.

Una de las ventajas que suponen los pactos parasociales, cuestión que actualmente no deja de ser controvertida, es que *“no están constreñidos por los*

---

<sup>22</sup> Francis Lefebvre. (2019). Memento Sociedades Mercantiles [Base de datos]. Recuperado de <https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&memento=2011/900046#%2FpresentarMemento.do%3Fnref%3D7dbdbbce%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3D%26rnd%3D0.7483549135810452>

<sup>23</sup> CEBRÍA, L., «Mediación en el ámbito del Derecho de sociedades», cit, p. 262.

*límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias, de ahí su utilidad, sino a los límites previstos en el art. 1255 Cc*<sup>24</sup>.

El acuerdo de socios, al ser un acuerdo privado, tiene la ventaja de ser flexible y dispositivo, lo que permite incluir normas y pautas de funcionamiento.

Resulta relevante destacar que la jurisprudencia viene reconociendo que para determinar la validez de un pacto parasocial debemos acudir a la práctica habitual en el funcionamiento de la sociedad. Cuando una práctica se ha dado a lo largo de la vida de la sociedad, se presume existente en la práctica y por tanto ejercitable por los socios. Sin embargo, no toda práctica, aunque reiterada, equivale a la existencia de un pacto parasocial. El pacto parasocial supone la voluntad de los socios de obligarse en un futuro, la simple práctica no implica voluntad de futuro. En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 31 de marzo de 2016, reconoce la posibilidad de la existencia de un pacto tácito entre los socios, en consideración a la práctica prolongada<sup>25</sup>.

Incluir una cláusula de mediación para solucionar los conflictos que surjan en el marco del pacto parasocial, resulta conveniente con el fin de prevenir cualquier imprevisto que pudiera surgir durante la vigencia de este.

Respecto al cumplimiento de la cláusula de mediación, en primer lugar, debemos indicar que puede incumplirse de forma activa, cuando una de las partes firmantes acude a los tribunales directamente, en este caso puede interponerse declinatoria ex artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o, de forma pasiva, cuando no asiste alguna a la sesión de forma injustificada.

Una vez incluida debe ser seguida en sus estrictos términos, sin embargo, hay un sector de la doctrina que plantea la contrariedad que existe en la formulación de una cláusula que convierta la mediación en obligatoria, cuando uno de los principios que la rigen precisamente es la autonomía de la voluntad, que en su caso quedaría coartada, ya que una de las partes en el momento en que debió ejercitar la mediación acudió a la vía judicial ejercitando la autonomía de la voluntad que le reconoce el ordenamiento jurídico, por lo que resulta

---

<sup>24</sup> España. Tribunal Supremo. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 616/2012 de 23 de marzo [Consultado el 10 de noviembre de 2019].

<sup>25</sup> España. Audiencia Provincial de Barcelona. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 76/2016 de 31 de marzo [Consultado 27 de noviembre de 2019]

improcedente obligarla a acudir previamente a la mediación cuando no presenta voluntad de llegar a un acuerdo, básico en cualquier procedimiento mediador<sup>26</sup>.

#### 4.1. Validez de una cláusula de mediación en los pactos parasociales.

Cobra especial relevancia, en el ámbito de las sociedades, cerradas o cotizadas, la libertad de acuerdos que se reconoce. En este sentido, el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, reconoce autonomía de la voluntad para incluir todos los pactos y condiciones que los socios fundadores consideren convenientes. La inclusión de la figura de la mediación en sus relaciones parece posible a la luz de la mencionada autonomía de la voluntad que tienen las sociedades a la hora de regular sus relaciones, cuando el conflicto afecta a derechos subjetivos de carácter disponible, que en el caso societario resulta habitual.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (rec. 700/2004) señala que, los pactos parasociales *“son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad”*.

En la práctica, a pesar de esta autonomía de la voluntad que se predica en la regulación de las relaciones en las sociedades, nos encontramos con que han tenido lugar casos en los que el Registrador niega la posibilidad de inscripción de aquellos acuerdos en los que se manifiesta esta autonomía.

En resolución de 29 de octubre de 2015 la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), resuelve sobre la inclusión de una cláusula que determinaba: *“No podrán los accionistas incoar demanda alguna contra la Sociedad sin antes haber sometido la cuestión a la Junta General de Accionistas y haber resuelto ésta sobre el asunto planteado”*.

El Registrador Mercantil, deniega la inscripción al considerar que es contraria a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española. Sin embargo, nos encontramos con la consideración de que no estamos ante una norma jurídica sino ante un pacto contractual. En el que los socios en ejercicio

---

<sup>26</sup> CARRETERO, E., La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, cit., p. 161.

del derecho que les concede el artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital, y el artículo 1255 del Código Civil, deciden intentar excluir de sus relaciones los pleitos, previendo para ello un método de resolución. En este sentido, se debe considerar que, en el ámbito social, resulta imperativa la celeridad en la resolución de conflictos que surjan, lo que en ocasiones no brinda la vía judicial, y la necesidad de una solución que no conlleve necesariamente relaciones fallidas, sobre todo en las sociedades familiares<sup>27</sup>.

La inclusión de una cláusula como es la de sumisión a la mediación, equiparándola aquí a la cláusula previamente indicada, puede ser decisiva y conveniente a la hora de coadyuvar con la continuidad de las actividades empresariales. Permitir que para la solución del conflicto que surja ante el incumplimiento de un pacto parasocial, se acuda a la mediación, supone evitar la ruptura de la relación, que puede acarrear grandes costes para la sociedad.

El Tribunal Supremo, en sentencia 6 de marzo de 2009, declaraba ya que *“los pactos parasociales, mediante los cuales los socios pretenden regular, con la fuerza del vínculo obligatorio entre ellos, aspectos de la relación jurídica societaria sin utilizar los cauces específicamente previstos en la ley y los estatutos, son válidos siempre que no superen los límites impuestos a la autonomía de la voluntad”*<sup>28</sup>.

En este sentido, resulta relevante destacar lo dispuesto por el artículo 6 apartado 2 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el cual prevé la posibilidad de un pacto por escrito en que se exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial, incluso cuando verse sobre la validez o existencia del contrato en que consta<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> LUQUIN, R., «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment», cit., p.2.

<sup>28</sup> España. Tribunal Supremo. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 128/2009 de 6 de marzo [Consultado el 10 de noviembre de 2019].

<sup>29</sup> El artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece que, *“cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”*.

Por tanto, en relación con el pacto parasocial, en coherencia con su naturaleza contractual, la mediación podría versar incluso sobre la validez o existencia de estos, y en virtud de todo lo expuesto hasta el momento, parece más que posible la introducción de una cláusula de mediación en su contenido.

La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, de 2 de julio, regula en su Título IX, el régimen jurídico del acto de conciliación, y reconoce expresamente; *“sin perjuicio de que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las personas tengan la posibilidad de obtener acuerdos en aquellos asuntos de su interés de carácter disponible, a través de otros cauces, por su sola actuación o mediante la intervención de otros intermediarios u operadores jurídicos”*.

Resulta relevante destacar que una parte de la doctrina, como ya apuntábamos previamente, expone la contrariedad de que a una institución enteramente voluntaria se le intente dar un valor absoluto de sumisión mediante su articulación en una cláusula, entendiendo que, aunque la cláusula hubiera sido introducida de manera previa, voluntaria y consciente, si llegado el momento las partes no quieren avenirse a la mediación, lo único que provocaría sería retrasar el inevitable procedimiento ante los tribunales<sup>30</sup>.

No se cuestiona la validez de la introducción de una cláusula de mediación, sino la concordancia de ello con la naturaleza de la institución. En esta línea, cabe recordar que, entre las intenciones del Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, figura la implantación de una “mediación obligatoria” en ciertas materias, entre las que figuran los conflictos entre socios y/o con los órganos de administración de las sociedades mercantiles.

---

<sup>30</sup> CARRETERO, E. La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia, cit. p. 161.

#### 4.2. Efectividad práctica de la mediación en los pactos parasociales.

Con el paso del tiempo, según ya se ha avanzado, los pactos parasociales, han ido ganando terreno y eficacia. Resulta relevante a los efectos aquí oportunos destacar la jurisprudencia en relación con la efectividad y oponibilidad de los pactos parasociales. Entendiendo que es relevante para determinar qué clase de cláusulas de mediación pueden ser instrumentadas y cuál será su efectividad.

Los pactos parasociales, generan efectos inter partes, por aplicación de lo previsto por el artículo 1091 del Código Civil. Los socios firmantes de estos pactos pueden acudir a las vías del derecho civil para garantizar su cumplimiento, entre las cuáles; indemnización por daños y perjuicios, la acción de remoción y las acciones para hacer efectiva la cláusula penal en su caso. La eficacia entre aquellos socios firmantes de los pactos se encuentra plenamente reconocida.

Cuestión distinta es la eficacia de los pactos parasociales frente a la sociedad, según señalábamos es una cuestión controvertida, el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC) establece que los pactos entre los socios no son oponibles a la sociedad. Sin embargo, en aquellos casos en los que el pacto sea omnilateral, suscrito por todos los socios, la doctrina ha admitido de forma mayoritaria que es oponible frente a la sociedad, que deja de ser un tercero ajeno e independiente a dicho pacto<sup>31</sup>.

En este punto resulta relevante señalar que hay dos opiniones enfrentadas respecto a la oponibilidad de los pactos frente a la sociedad, por un lado los que defienden que ello desnaturaliza los límites impuestos por las reglas societarias al contenido de los estatutos, por ejemplo, y, por otro lado, aquellos que entienden que la sociedad en estos casos no puede ser un tercero ajeno, ya que al ser omnilateral el pacto, en él se reúne el interés de todos los socios que componen la sociedad, afirmando en este sentido que, cuál puede ser el interés de la sociedad sino el de todos sus socios. Cabe recordar que hasta ahora se

---

<sup>31</sup> España. Audiencia Provincial. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 229/2019 de 12 de febrero [Consultado el 20 de noviembre de 2019].



viene entendiendo que el interés de la sociedad es un interés distinto a aquel de los socios, y por tanto debe estar protegido con independencia.

La eficacia de estas cláusulas queda condicionada a que las partes, en su autonomía de la voluntad, hubieran querido suscribirlas. Por lo que en principio el pacto deberá ser expreso, sin perjuicio de lo señalado respecto a la posibilidad de pacto tácito en aquellos casos que por el funcionamiento habitual y continuado de la sociedad se pueda entender qué es lo que se ha querido.

A continuación, procedemos a exponer una de las resoluciones más recientes que consideramos trascendental a efectos de determinar la eficacia y oponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad.

#### Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de febrero 2018<sup>32</sup>

##### a. Antecedentes de hecho.

La sociedad Bonibò Inversions S.L., interpuso demanda (desestimada en primera instancia) y apelación contra Riera Beaune S.L. (Riera), impugnando la junta de socios de Riera celebrada el 24 de julio de 2015, al entender que vulneraba los quórum necesarios para la constitución de esta, por contravenir un pacto parasocial que establecía una mayoría cualificada para la aprobación de los puntos de la convocatoria (infracción artículo 159, 198 y 200 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)).

##### b. Cuestión planteada.

La vigencia del pacto parasocial por la salida de uno de los socios, y la oponibilidad del pacto frente a la sociedad.

##### c. Sentido del fallo.

*“Consideramos que el pacto parasocial ha de servir para definir el interés social y, básicamente, las reglas que los firmantes del pacto fijaban para la adopción de los acuerdos estratégicos de la compañía, que obligaban a consensos muy amplios. Consideramos, por tanto, que los acuerdos de referencia deben ser*

---

<sup>32</sup> España. Audiencia Provincial. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 229/2019 de 12 de febrero [Consultado el 20 de noviembre de 2019].

*anulados al contravenir el interés social en beneficio de uno o varios socios, interés social configurado en el pacto que vinculaba a todos los socios”.*

- d. Cuestiones jurídicas de relevancia en la aplicación de una cláusula de mediación.

En la sentencia se pone de relieve que el incumplimiento del pacto parasocial no basta, por sí solo, para la anulación del acuerdo que se impugna ante la falta de cumplimiento, proponiendo como cuestión distinta aquellos casos en los que haya coincidencia subjetiva entre el pacto extraestatutario y los estatutos de la sociedad, entendiendo que, en estos casos, el interés de la sociedad y de los socios es el mismo. Y que, por tanto, debe considerarse que *“la infracción de lo convenido en el pacto entre socios supone, por sí misma, una infracción del interés social”*.

En consecuencia, y en el sentido que aquí nos interesa, debemos destacar la posibilidad de oponibilidad de los pactos parasociales frente a la sociedad, cuando el pacto haya sido suscrito por todos los socios, entendiendo que en estos casos puede darse la conjunción del interés de estos últimos con el de la sociedad.

La cláusula de mediación que se incluya en los pactos parasociales, con el fin de solucionar las controversias que surjan, tendrá eficacia plena, y podrá oponerse su incumplimiento.

En este sentido, podría considerarse la relevancia que tendría un pacto parasocial mediante el cual se pacte acudir a la mediación ante las controversias surgidas en el seno de la sociedad, que, suscrito por todos los socios, podría ser plenamente oponible frente a la sociedad.

#### 4.3. Cláusulas de mediación: cláusulas que incluir en los pactos parasociales a la luz de la reciente jurisprudencia.

Por todo lo expuesto previamente, se considera conveniente que la mediación sea previa a cualquier otro procedimiento. Resulta recomendable incluir cláusulas de mediación en aquellos acuerdos o pactos que rijan las relaciones de los socios, cobrando especial relevancia, según se ha indicado, la posibilidad de incluir la mediación mediante un pacto parasocial, que, suscrito por todos los socios, en virtud de reciente jurisprudencia, puede ser oponible frente a la sociedad.

La cláusula de mediación puede ser mediante denominación “ad hoc”, esto es, cuando la cláusula se refiera a un concreto mediador, a unas reglas de funcionamiento, de manera que las partes de común acuerdo establezcan los demás pormenores del procedimiento.

En la mayoría de los casos resultará más conveniente referirse a mediaciones “institucionales”, esto es, acudir a una institución especializada. De esta forma se evita incurrir en incompatibilidades, y demás dificultades.

El contenido de la cláusula mediante la que se pacte la sumisión a mediación podría ser el que se propone a continuación: “En los casos en que fuere legalmente posible, toda controversia o conflicto que surja en el seno de la sociedad, de naturaleza societaria o entre los socios, se someterá para su resolución en primer lugar a mediación. El mediador, mediadores o institución administradora de la mediación se elegirá por las partes de mutuo acuerdo”.

Esta misma cláusula puede ser adaptada para su inclusión en un pacto parasocial, con el fin de servir como solución a los conflictos que surjan en el seno de aquel.

Entre los tipos posibles de cláusulas que incluyan la sumisión a mediación destacan los siguientes:

1. Cláusulas de mediación.
2. Cláusulas escalonadas. Supone que las partes se someterán a la mediación y en caso de no llegar a un acuerdo acudir a los tribunales o al arbitraje.
3. Cláusula de mediación incluida en pacto parasocial.
4. Cláusula que prevea un método o un protocolo familiar, regule relaciones entre socios, y a su vez establezca acudir a mediación ante desacuerdo o ruptura de un acuerdo<sup>33</sup>.

Además, se podrá incluir una cláusula penal por incumplimiento de esta, limitar los asuntos sobre los que se podrá desarrollar la mediación, entre otros supuestos.

---

<sup>33</sup> LUQUIN, R., «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment», cit., p. 16.

## **V. CONCLUSIONES**

- I. La mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos que ofrece soluciones a los intereses privados, dotando con celeridad y validez las soluciones adoptadas, que se traduce en seguridad jurídica, asimismo, preserva la continuidad de las relaciones.

Cobra importancia en el ámbito de las transacciones mercantiles desde el inicio de la actividad económica, suponiendo una vía para superar el retraso judicial, que en muchos casos puede impedir el normal funcionamiento de la empresa, abocándola en la mayoría de los casos a la extinción.

- II. La mediación cobra especial relevancia en el ámbito del Derecho de Sociedades, debido a la necesidad de que el procedimiento se desarrolle con celeridad, con el fin de evitar que la sociedad quede estancada en una situación de bloqueo, para lo cual podrán establecerse cláusulas de sumisión a mediación a través de pactos parasociales y sobre estos.

- III. De acuerdo con lo expuesto a lo largo del trabajo, el procedimiento de mediación se desarrolla en base a la autonomía de voluntad de las partes. Por lo que podrá iniciarse de común acuerdo, o, cuando se haya incluido en un pacto parasocial, por una de las partes en cumplimiento del pacto existente.

- IV. Debemos destacar la contrariedad, defendida por un sector de la doctrina, que supone que, a una institución enteramente voluntaria, como es la mediación, se le intente dar un valor absoluto de sumisión mediante su articulación en una cláusula. A pesar de la razonabilidad de ello, la legalidad institucional que se pretende regular es bien distinta, en este sentido, se menciona el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, mediante la que se introduce la obligatoriedad de acudir a la mediación, en los conflictos que surjan entre los socios, o entre estos y el órgano de administración.

Sin embargo, entendemos que la validez de las cláusulas de mediación es compatible con la voluntariedad que se predica de la mediación, precisamente al ser consecuencia del principio de autonomía de la voluntad recogido por el artículo 1255 del Código Civil, sin perjuicio de compartir la opinión de que obligar a una de las partes en conflicto a acudir a mediación por haberlo pactado previamente, puede suponer una simple dilación de la vía judicial, ya que las partes *ab initio* no muestran su voluntad de alcanzar un acuerdo autocompositivo.

- V. La validez de la cláusula de mediación contenida en un pacto parasocial, en coherencia con su naturaleza contractual, tiene como único límite la autonomía de la voluntad. La eficacia de la cláusula, su oponibilidad, vendrá determinada por aquella que se otorgue a los pactos que la contengan. La regulación legal que se da a los pactos parasociales, determina que estos, al ser entre los socios, no son oponibles frente a la sociedad. Sin embargo, en aquellos casos en los que el pacto sea omnilateral, suscrito por todos los socios, ya no solo la doctrina admite la oponibilidad de dicho pacto frente a la sociedad, que deja de ser un tercero ajeno, sino que, además, en este sentido, resuelve la jurisprudencia más reciente.
- VI. Se concluye, en atención a todo lo expuesto a lo largo del trabajo que, resulta recomendable en las relaciones contractuales y en especial en las relaciones comerciales, fomentar la inclusión de cláusulas de mediación que prevean el compromiso de las partes de someter la controversia a mediación, al tratarse de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autocompositivo, esto es, permite a las partes implicadas llegar a un acuerdo con mayor celeridad, y al que llegan por sí mismas con la colaboración de un tercero. De mayor relevancia en las sociedades familiares, al conseguir preservar las relaciones personales. Evitando con ello la extinción de la sociedad, que *prima facie* es la única posibilidad legalmente prevista en caso de situaciones de bloqueo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

### 1. ARTÍCULOS/LIBROS.

BARONA, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. p. 67-89.

CARRETERO, E., *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, ed. Dykinson, Madrid, 2016.

CEBRÍA, L. H., «Mediación en el ámbito del Derecho de sociedades», en C. Boldó Roda (dir.), *La mediación en asuntos mercantiles*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2015.

COBAS, M., «Modernización de la justicia y resolución extrajudicial de conflictos», en V. Pardo (dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, ed. Tirant Monografías, 2015. (TOL 5.207.651). p. 1 a 21. Recuperado de <https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/5207651?librodoctrina=10890&searchtype=exacta&index=0>

GONZÁLEZ, S., «Problemática de la mediación societaria. Especial referencia a las sociedades cotizadas», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* num.143/2016, 2016.

LÓPEZ-HERMOSO, J., «Mecanismos de desbloqueo societario», AEDAF, 2016.

PARDO, J.M., «La cláusula de mediación en el ámbito de la contratación civil y mercantil», RIDJ, 2016.

RAYÓN BALLESTEROS, M., «Mediación intrajudicial civil y mercantil en España», RADE, 2016.

FERNÁNDEZ, L., *La paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

LUQUIN, R., «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y clausulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2017, 2017. Recuperado de Base de datos Aranzadi [Consultado el 5 de octubre de 2019]

## 2. PRENSA.

PÉREZ, C. (8 de septiembre de 2012). Problemas que plantean los pactos parasociales. Actum Mercantil & Contable, nº. 20. Recuperado de <https://blog.efl.es/articulo-doctrinal/problemas-que-plantean-los-pactos-parasociales/>

Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación. Recuperado de <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>

## 3. JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2015, núm. 158.

España. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado, 26 de diciembre de 2003, núm. 309.

Unión Europea. Directiva (UE) 2008/52/CE, de 24 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea L 136/3, 24 de mayo de 2008.

España. Tribunal Supremo [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia de 6 de marzo de 2009 [Consultado el 13 de septiembre de 2019].

España. Audiencia Provincial. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 229/2019 de 12 de febrero [Consultado el 20 de noviembre de 2019].

España. Tribunal Supremo. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 616/2012 de 23 de marzo [Consultado el 10 de noviembre de 2019].

España. Juzgado de Primera Instancia nº. 52 de Barcelona. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Auto de 26 de enero de 2015 [Consultado 24 de noviembre de 2019]

España. Audiencia Provincial de Barcelona. [Versión electrónica. Base de datos de CENDOJ] Sentencia núm. 76/2016 de 31 de marzo [Consultado 27 de noviembre de 2019]



España. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado, 7 de julio de 2012, núm. 162.

España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, 3 de julio de 2010, núm. 161.

#### 4. WEBGRAFÍA

GUÍA PARA EL USO NOTARIAL DE CLÁUSULAS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE, Fernando Rodríguez Prieto, diciembre de 2012.

<https://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf>

DÍAZ, M., Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, Legaltoday, 6 de febrero de 2019.

<http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/anteproyecto-de-ley-de-impulso-de-la-mediacion>

Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial.

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>

Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52002DC0196>

Francis Lefebvre (2019). Memento Sociedades Mercantiles. [Los pactos parasociales, Capítulo 19].

<https://acceso.qmemento.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&memento=2011/900046#%2FpresentarMemento.do%3Fnref%3D7dbdbbce%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3D%26rnd%3D0.748354913581045>

2